

Tilburg University

De economisering van Artikel 82

van Damme, E.E.C.

Published in:
Markt en Mededinging

Publication date:
2006

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E. E. C. (2006). De economisering van Artikel 82. *Markt en Mededinging*, 9(2), 33-35.

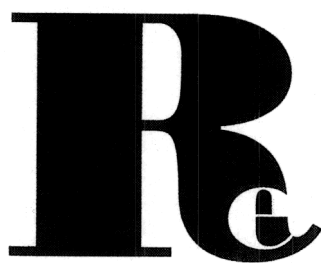
General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



R e d a c t o n e e

De economisering van artikel 82

Prof. dr E.E.C. van Damme

In december 2005 publiceerde het DG Mededinging van de Europese Commissie een discussiestuk over de toepassing van artikel 82, waarop nog tot en met 31 maart 2006 gereageerd kan worden.¹ Inzet is, bij de toepassing van artikel 82, te komen tot een aanpak waarbij niet het gedrag van de dominante marktpartij op zich, maar de economische effecten daarvan op de markt centraal staan. Gegeven de eerdere herzieningsoperaties is het logisch dat nu artikel 82 aan de beurt komt, maar zal het voor de praktijk veel verschil uitmaken? Zal een meer economische benadering leiden tot minder fouten van Type I ('false positives'), en een overeenkomstige stijging van het aantal Type-II-fouten? Komt de rechtszekerheid onder druk te staan? Is een meer economisch beleid liberaler, of juist restrictiever?

Het rapport dat de *Economic Advisory Group for Competition Policy* (EAGCP) afgelopen zomer publiceerde, betoogde dat de wereld alleen maar beter kon worden als die ook meer economisch werd ingevuld.² Dat rapport suggereerde dat een juridische ('form based')-aanpak ineffectief is, omdat bedrijven inventief genoeg zijn om de vormrestricties te omzeilen, en een economische ('effects based')-aanpak superieur omdat deze in staat zou stellen recht op het doel af te gaan: wordt het consumentenbelang geschaad of niet? Misschien kan men van zeven toonaangevende industrieel economen inderdaad niet anders verwachten dan dat ze hun vakgebied naar voren schuiven, maar is de economische wetenschap wel zo ver ontwikkeld dat zij ons in staat stelt normaal competitief gedrag van misbruik van marktmacht te onderscheiden en de consumentenschade te bepalen?

In de leerboeken van economen zijn die vragen inderdaad triviaal. Die boeken behandelen vooral theorie, met veel aandacht voor monopolie en marktmacht. Wat in de praktijk regel is ('competitie'), krijgt niet meer aandacht dan de uitzondering ('monopolie'). De mooie eigenschappen van concurrentie worden in een of twee hoofdstukken afgedaan,

waarna een gedetailleerde bespreking volgt van wat er allemaal mis kan gaan. Iemand die alleen met dergelijke boekenwijsheid gewapend is, vermoedt al snel dat er voor een mededingingsautoriteit veel werk aan de winkel is. Zoals Ronald Coase stelde:

*'One important result of this preoccupation with the monopoly problem is that if an economist finds something, a business practice of one sort or another that he does not understand, he looks for a monopoly explanation. And as we are very ignorant in this field, the number of ununderstandable practices tends to be rather large, and the reliance on a monopoly explanation is frequent.'*³

Leerboekgedreven economisering zou dus best tot aanscherping van het beleid kunnen leiden.

'Gelukkig' is het document van de Commissie niet leerboekgedreven. We vinden daarin immers wel veel verwijzingen naar de beschikkingenpraktijk, maar geen enkele naar de economische theorieën die de EAGCP relevant acht. Realiteitszin is goed, maar het is jammer dat het stuk niet wat meer revolutionair, wat meer economisch getint, is. Dat geldt vooral ook omdat in het stuk, op plaatsen, toch een redelijk interventionistische visie doorklinkt.

Het eerste dat overigens opvalt is dat het *discussion paper* niet de volle breedte van artikel 82 afdekt: alleen uitsluitingsgedrag ('foreclosure') komt aan de orde. Uitbuiting, hetzij direct door te hoge prijzen of indirect door middel van

1 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005.

2 Report by the EAGCP, An economic approach tot Article 82, juli 2005.

3 Ronald Coase 'Industrial Organization: A proposal for research'. Hoofdstuk 3 in: The firm, the market and the law, University of Chicago Press, Chicago, 1988.

prijdiscriminatie wordt niet behandeld. Vanuit economisch perspectief is dat ook begrijpelijk. De economische wetenschap laat zien dat prijdiscriminatie veelal de consument ten goede komt en dus ten onrechte bij voorbaat verdacht is. Het beleid zou moeten erkennen dat marktintegratie iets geheel anders is dan marktuniforming en dat een verbod op prijdiscriminatie niet past bij het doel vooral de consument te dienen. Ten tweede kan de economische wetenschap niet aangeven wanneer een prijs te hoog is. Juist is dat, onder bepaalde omstandigheden, de optimale prijs gelijk is aan de marginale kosten, maar die omstandigheden zijn te specifiek om voor de praktijk relevant te kunnen zijn. Een adequate *benchmark* ontbreekt bijgevolg meestentijds. In feite gaat het hier om een verdelingsvraagstuk tussen consumentensurplus en producentensurplus en men moet zich afvragen of men een mededingingsautoriteit wel met zo'n politiek vraagstuk zou moeten belasten. Het alternatief waarbij duurzame monopolies onder specifieke regulering gebracht worden is wel zo aantrekkelijk. De mededingingsautoriteit zou zich dan kunnen beperken tot de beoordeling van de vraag hoe duurzaam het monopolie is, dat wil zeggen, naar de hoogte van de toetredingsbarrières.

Toetredingsbarrières spelen een grote rol bij de bepaling van marktmacht en dominantie en het is terecht dat de Commissie voor de discussie daarover veel ruimte inruimt. In tegenstelling tot de EAGCP, ziet de Commissie wel toegevoegde waarde in een dominantietoets. Dit biedt rechtszekerheid: een bedrijf dat niet dominant is, kan artikel 82 niet overtreden. Bedrijven zullen ook waarderen dat de Commissie erkent dat marktaandeel op zich weinig zegt over marktmacht. Jammer is wel dat de discussie over toetredingsdrempels nogal eenzijdig is, zoals de bespreking van de 'vaste kosten' laat zien. Er zijn twee stromingen in de economische wetenschap: de ene (Chicago) houdt vol dat vaste kosten op zich geen toetredingsbarrière vormen, de andere (Harvard) beweert het tegendeel. Ongemotiveerd kiest de Commissie voor het tweede standpunt, hoewel de consensus in de economie momenteel is dat vooral de inertie aan de vraagkant bepaalt of vaste kosten al dan niet een toetredingsbarrière vormen.

Volgens de EAGCP is de wereld heerlijk eenvoudig: om vast te stellen of van marktuitsluiting sprake is hoeft men slechts te bepalen hoe normale concurrentie er op een markt uitziet, wat het daarmee verbonden consumentensurplus is en of het consumentensurplus als gevolg van het afwijkende gedrag van de dominante onderneming lager is. De EAGCP heeft gelijk als zij stelt dat een aanpak die dit stramen volgt consistent is, maar zij heeft weinig oog voor de praktische aspecten: wat is 'competition on the merits' en hoe meet je consumentensurplus en de schade veroorzaakt door het anticompetitieve gedrag? De vragen zijn vooral lastig te beantwoorden omdat de negatieve effecten van uitsluiting zich vooral in de toekomst voordoen. Maar zelfs bij een *ex post* analyse stelt zich de vraag naar de *counterfactual*, die in dit geval veel lastiger te beantwoorden is dan in artikel-81-zaken. De mededingingsautoriteit moet nagaan hoe de markt zich anders ontwikkeld zou hebben, of zou kunnen heb-

ben, welke mooie nieuwe producten allemaal tot ontwikkeling gekomen zouden zijn, en of de consumenten daar veel waarde aan zouden hebben toegekend. Hoe goed kan een mededingingsautoriteit in de glazen bol kijken? Haar analyse mag dan wel verankerd zijn in harde feiten en gebaseerd op de economische wetenschap, maar dat wil niet zeggen dat ze een grote voorspellende waarde heeft. Het mooie van dynamische concurrentie is nu juist de onvoorspelbaarheid die zij impliceert.

De EAGCP heeft te weinig oog voor dynamiek en voor praktische implementatie. Zij overschat ook de mogelijkheden van een mededingingsautoriteit, fouten zijn onvermijdbaar. Vanwege deze manco's voldoet de EAGCP-bijdrage vermoedelijk niet aan de voorwaarden die Sir John Vickers, voorzitter van het Britse Office of Fair Trading, formuleerde voor zinvolle bijdragen aan het debat:

*'There is great scope for economic analyses and research to contribute to the development of the law on abuse and dominance. To be effective, however, economics must contribute in a way most competition agencies, and ultimately the courts, find practical in deciding cases.'*⁴

Het is dus niet verrassend dat de *discussion paper* het recept van de EAGCP niet volgt en de doelstelling van het beleid niet uitsluitend in termen van consumentensurplus definieert: steeds wordt gesproken over bescherming van concurrentie als middel om de efficiëntie van de allocatie van middelen en het consumentensurplus te dienen. De doelstelling blijft zo voldoende vaag om adequate beleidsvrijheid te creëren. Of men met meer handvatten voor ingrijpen gelukkig moet zijn, is natuurlijk nog maar de vraag.

Vergelijkbaar vaag zijn de algemene principes die geformuleerd worden om normaal concurrentiegedrag van uitsluitingsgedrag te onderscheiden: de paragrafen 54 en 55 van het discussiestuk zijn vrijwel nietszeggend. Als concrete test postuleert het discussiestuk de 'As-efficient competitor test': kan een concurrent die even efficiënt is als de dominante onderneming winstgevend opereren, gegeven het gedrag van die dominante onderneming? Als het antwoord 'ja' is, zal de Commissie concluderen dat niet van misbruik sprake is, bij 'nee' is mogelijk sprake van misbruik en is nader onderzoek nodig, onder andere naar het consumentensurplus.

De test of een efficiënte concurrent verdreven wordt is eenvoudiger uit te voeren dan de test of het consumentenbelang geschaad wordt, maar daarmee nog niet eenvoudig. Bovendien is dit een geheel andere test dan die waarbij de vraag naar de schade voor de consument centraal staat. Volgens het voorstel is het toegestaan minder efficiënte ondernemingen weg te drukken, hoewel, zoals de Commissie in randnummer 67 erkent, het consumentenbelang kan

4 John Vickers 'Abuse of market power', *The Economic Journal* 115 (2005) F244-F261.

vereisen dat ook (nog) inefficiënte concurrenten beschermd worden. De vraag is hoe ver men wil gaan, te interventionistisch handelen kan de consument ook schaden. Een zuiver economische aanpak mag dan wellicht te hoog gegrepen zijn, maar hij biedt in ieder geval helderheid. De vaagheid van de Commissie doet het vermoeden postvatten dat zij ook in de toekomst wel eens te interventionistisch zou kunnen zijn. In ieder geval doet de voorgestelde toets, gegeven de vele verheven woorden die in het document aan de consument gewijd worden, toch wat wonderlijk aan. Duidelijk is in ieder geval dat het document van de Commissie nog veel te discussiëren overlaat. Grijp uw kans!

Gediscussieerd wordt er ook in Nederland, zoals dit nummer van *Markt & Mededinging* laat zien. Misbruik komt overigens direct alleen in de bijdrage van Langer aan de orde en dan nog in de vorm van uitbuiting. Langer verwijst hoopvol naar de modernisering van artikel 82 en zal vermoedelijk teleurgesteld zijn dat in het discussiestuk niets over uitbuiting terug te vinden is. Toch geeft hij zelf, met verwijzing naar een speech van Kalbfleisch de reden aan: mededingingstoe-

zicht is iets heel anders dan prijsregulering. Daartegenover staat dat de problematiek die in dit redactioneel werd aangesneden (juridische vorm of economisch effect?) in vrijwel alle bijdragen aan de orde komt. Rosenstock en Brouwer bespreken, met instemming, het voorstel van de Commissie om de lijnscheepvaart niet langer vrij te stellen van de mededingingsregels. Het artikel van Boerwinkel en de annotatie van Coumans gaan, aan de hand van branchebeschermingsovereenkomsten en het Modintbesluit van het CBB, in op diverse aspecten van de vraag of overeenkomsten die ertoe strekken de mededinging te beperken ook automatisch een (merkbaar en negatief) effect op de mededinging hebben, een problematiek waarop in het volgende nummer, aan de hand van Secon/G-Star, op teruggekomen zal worden. Ten slotte komt de uitsluitingsproblematiek direct aan de orde in de bijdragen van Schinkel en Platteau over GE/Honeywell, een zaak die duidelijk maakt hoe lastig het is, in een toekomstgerichte analyse, anticompetitief gedrag van normale concurrentie te scheiden. Ook deze bijdragen laten zien hoe belangrijk het is te reageren op het discussiestuk van de Commissie.